

Tilburg University

Herziening van het strafrecht over groepsbelediging en haatzaaien

van Noorloos, Marloes

Published in:
Mediaforum

Publication date:
2015

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
van Noorloos, M. (2015). Herziening van het strafrecht over groepsbelediging en haatzaaien. *Mediaforum*, 27(5), 2-11.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Herziening van het strafrecht over groepsbelediging en haatzaaien

Wetenschap

Marloes van Noorloos*

In deze bijdrage wordt het initiatiefwetsvoorstel-Van Klaveren over verruiming van de vrijheid van meningsuiting besproken. Betoogd wordt dat de wens om het strafrecht over haatuitingen aan te scherpen gerechtvaardigd is, maar dat het wetsvoorstel daarin te ver gaat – mede omdat Nederland met dit voorstel in strijd zou komen met diverse internationale verplichtingen. Er worden enkele voorstellen gedaan tot wijziging van de artikelen 137c en 137d van het Wetboek van Strafrecht waarmee aan deze kritiek kan worden tegemoetgekomen.

Geert Wilders zal worden vervolgd voor zijn 'Minder Marokkanen'-uitspraak op de uitslagenavond van de gemeenteraadsverkiezingen in Den Haag in maart 2014, zo maakte het Openbaar Ministerie in oktober 2014 bekend. Intussen lag er al een tijdje een initiatiefwetsvoorstel van de PVV om de artikelen 137c en 137d van het Wetboek van Strafrecht, waarvoor Wilders wordt vervolgd, grotendeels te schrappen. Toen de PVV zelf het voorstel niet doorzette, besloot oud-PVV-Kamerlid Van Klaveren – nadat hij in maart 2014 uit de PVV was gestapt naar aanleiding van Wilders' speech – het wetsvoorstel zelf in te dienen. 'Iedereen dient zonder vrees voor vervolging zijn (politieke) mening te kunnen uiten', zo stelde Van Klaveren.

In deze bijdrage zal ik betogen dat de wens om het strafrecht over haatuitingen aan te scherpen gerechtvaardigd is, maar dat het wetsvoorstel-Van Klaveren daarin te ver gaat – mede omdat Nederland met dit voorstel in strijd zou komen met diverse internationale verplichtingen. Ik zal tevens enkele aanzetten doen voor wijziging van de artikelen 137c en 137d van het Wetboek van Strafrecht waarmee de vrijheid van meningsuiting wordt gewaarborgd terwijl andere rechten en belangen, zoals neergelegd in internationale verplichtingen, mijns inziens beter tot uiting komen.

Het wetsvoorstel-Van Klaveren

Totstandkoming

Op 13 oktober 2014 diende Tweede Kamerlid Van Klaveren – die sinds april 2014 deel uitmaakt van de fractie Bontes/Van Klaveren – een initiatiefwetsvoorstel in tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met een verruiming van de vrijheid van meningsuiting. Het initiatiefwetsvoorstel bepleit

dat art. 137c Sr – groepsbelediging – moet worden geschrapt en dat in art. 137d Sr aanzetten tot haat en aanzetten tot discriminatie niet langer strafbaar zou moeten zijn, zodat alleen het verbod op aanzetten tot geweld gehandhaafd blijft. In verband daarmee zou ook het verspreidingsdelict van art. 137e Sr aangepast moeten worden. Inmiddels heeft de Raad van State een overwegend negatief advies uitgebracht over het initiatiefwetsvoorstel, waarop de indiener heeft gereageerd.¹

Dit wetsvoorstel komt niet uit de lucht vallen: in 2012 had Driessen, destijds Tweede Kamerlid voor de PVV (tegenwoordig werkzaam als ambtelijk secretaris en beleidsmedewerker bij de fractie Bontes/Van Klaveren) al een gelijkluidend voorstel ingediend. Dat voorstel is in 2013 overgenomen door PVV-kamerlid Bosma, maar is vervolgens niet doorgezet. Er is nooit een reactie gekomen op het advies dat de Raad van State over dat voorstel had gegeven (dat advies is dan ook nooit gepubliceerd). Ook hebben VVD-parlementariërs in 2009 – nadat het Amsterdamse hof de vervolging van Wilders had bevolen – al eens een proefballonnetje opgelaten om art. 137c af te schaffen en aanzetten tot haat in art. 137d niet langer te verbieden.² Met betrekking tot het schrappen van aanzetten tot discriminatie was volgens deze Kamerleden nader onderzoek nodig, maar op zijn minst moest de wet volgens hen worden aangescherpt om slechts het direct aanzetten tot discriminatie te omvatten. Dit voorstel stuitte op kritiek en is nooit officieel ingediend.

Argumentatie wetsvoorstel

De memorie van toelichting bij het voorstel-Van Klaveren is nagenoeg gelijkluidend aan het eerdere voorstel-Driessen.³ De indiener stelt dat recente gebeurtenissen, 'zoals de veroordeling van een man die een islamkritische poster voor zijn raam hing, de inval bij cartoonist Gregorius Nekschot en de

* Mr.dr. L.A. van Noorloos is universitair docent straf(proces)recht aan Tilburg University.

¹ Kamerstukken II 2014/15, 34051, nr. 4.

² Elsevier 27 mei 2009, <http://www.elsevier.nl/web/10235199/Artikel/Opzet-VVD-voor-wijzigingen-wet-vrijheid-van-meningsuiting.htm>.

³ Kamerstukken II 2014/15, 34051, nr. 3 en Kamerstukken II 2011/12, 33369, nr. 3.

mogelijke tweede vervolging van Geert Wilders', aantonen dat het recht op vrijheid van meningsuiting niet goed kan worden gewaarborgd (ik kom hier nog op terug). De delictomschrijvingen van art. 137c en 137d Sr zouden op essentiële onderdelen onduidelijk zijn, en het gebrek aan helderheid over de reikwijdte van de vrijheid van meningsuiting wordt versterkt door de conflicterende verdragsverplichtingen en de inconsistente jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. De memorie van toelichting somt vier doelen op die het wetsvoorstel moet dienen: (1) het verruimen van de vrijheid van meningsuiting, (2) het verzekeren van het *lex certa*-beginsel, (3) het voorkomen van een conflict tussen op Nederland rustende verdragsverplichtingen en (4) het bieden van een handreiking aan het EHRM bij het bepalen van de Europese consensus over het beschermen van het maatschappelijk debat.⁴

Ik zal allereerst de argumentatie van de initiatiefnemer met betrekking tot de verdragsverplichtingen analyseren. Daarna zal ik het *lex certa*-argument in samenhang met de vrijheid van meningsuiting behandelen. Tot slot zal ik enkele voorstellen doen voor aanpassingen van art. 137c en 137d die niet stuiten op de problemen die het voorstel-Van Klaveren wel met zich meebrengt.

Internationale verplichtingen

Het voorstel identificeert verschillende internationale (verdrags)verplichtingen die potentieel met elkaar conflicteren en daarom in Nederland tot spanningen zouden leiden op het terrein van de vrijheid van meningsuiting. De gevolgen daarvan zouden nu worden afgewenteld op de burger en de rechter. Genoemd worden het Rassendiscriminatieverdrag (IVUR), het Aanvullend protocol bij het Cybercrimeverdrag, het EU-Kaderbesluit inzake racisme en vreemdelingenhaat en het EVRM.

Het IVUR

Artikel 4 van het IVUR verplicht de aangesloten staten onder meer om strafbaar te stellen 'het verspreiden (...) van denkbeelden die zijn gegrond op rassuperioriteit of rassenhaat, aanzetting tot rassendiscriminatie, zomede alle daden van geweld of aanzetting daartoe, die zijn gericht tegen een ras of een groep personen van een andere huidskleur of etnische afstamming (...)'. Dit verdrag vormde voor de Nederlandse regering in de jaren '70 de belangrijkste reden voor het invoeren van art. 137d Sr en het wijzigen van art. 137c tot de vorm die het nu heeft. Van Klaveren geeft terecht aan dat het Verdrag niet verplicht tot het strafbaar stellen van groepsbelediging (art. 137c). Bovendien ziet het verdrag alleen op rassendiscriminatie (met een ruime uitleg van het begrip 'ras', inclusief kleur, afkomst, nationale en etnische origine, waarop de Nederlandse wet aansluit). Nederland besloot in de jaren '70 ook haatuitingen op grond van religie strafbaar te stellen (en voegde later nog andere gronden toe aan art. 137c en 137d), maar het IVUR verplicht hier niet toe. Het IVUR-comité legt wel een relatie tussen discriminatie op grond van ras en discriminatie op grond van

geloof, maar dan moet er sprake zijn van een overlap tussen religie en etniciteit: 'the Convention requires conceptualisation of racial discrimination in the enjoyment of religious freedom.'⁵

Dat de positieve verplichting in art. 4 IVUR niet toelaat om 'aanzetten tot discriminatie' geheel uit het Wetboek van Strafrecht te schrappen, is evident. In zoverre is het verwijderen van dit bestanddeel dan ook geen reële optie, omdat dat zou betekenen dat Nederland in strijd met een verdragsverplichting handelt.

Het verbieden van aanzetten tot haat op grond van ras lijkt ook aangewezen te zijn op grond van de verplichting om 'het verspreiden (...) van denkbeelden die zijn gegrond op rassuperioriteit of rassenhaat' strafbaar te stellen. Men kan zich echter afvragen of Nederland momenteel wel voldoet aan deze vergaande verplichting; dit lijkt niet in zijn geheel te vallen onder art. 137c of 137d. In die delicten gaat het immers om de mogelijke consequenties die de uitlatingen kunnen hebben (in art. 137c zou de consequentie zijn het aantasten van de eer of goede naam van een groep mensen), terwijl de desbetreffende zinsnede uit artikel 4 IVUR puur lijkt te zien op het verspreiden van de ideeën op zichzelf, ongeacht de mogelijke consequenties. Deze bepaling uit het IVUR is bekritiseerd, onder meer omdat geen opzet of schuld wordt vereist: 'the total absence of culpability elements beyond the act of dissemination would do violence to basic principles of criminal liability in many if not most jurisdictions (...)'.⁶ Het IVUR-Comité lijkt in haar oordelen met betrekking tot individuele zaken bovendien niet zomaar te accepteren dat staten extra vereisten stellen in hun uitleg van artikel 4, zoals 'breach of the peace' of 'disturbance of public peace'.⁷ Deze strenge benadering kan echter in strijd komen met de vrijheid van meningsuiting die ook in het IVUR zelf wordt genoemd. Volgens artikel 4 moeten staten de genoemde maatregelen nemen 'met inachtneming van de beginselen vervat in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens en van de rechten die uitdrukkelijk worden genoemd in artikel 5 van dit Verdrag', waaronder de vrijheid van meningsuiting.

Het IVUR-comité lijkt zich deze kritiek te hebben aangetrokken, gezien haar recente aanbeveling over 'racist hate speech'.⁸ Strafbbaarstelling van racistische uitlatingen moet worden gereserveerd voor de meest ernstige zaken, zo stelt het Comité nu. Daarbij moet worden gekeken naar 'the nature and extent of the impact on targeted persons and groups' en spelen de principes van proportionaliteit, noodzakelijkheid en legaliteit een centrale rol (aanbeveling 12). Bij de invulling van de verplichtingen uit artikel 4 – het strafbaarstellen van 'dissemination' en 'incitement' – moeten de autoriteiten naar een aantal contextuele factoren kijken: de inhoud en vorm van een uitlating (bijv. of de uitlating provocerend en direct is), het economische, sociale en politieke klimaat op het moment dat de uitlating wordt gedaan ('discourses which in one context are innocuous or neutral may take on a dangerous significance in another'), de positie en status van de spreker en het publiek (politici en andere opiniemakers hebben een bijzondere verantwoordelijkheid, maar de vrijheid van meningsuiting is dan

⁴ Kamerstukken II 2014/15, 34051, nr. 3, p. 3.

⁵ P. Thornberry, 'Forms of hate speech and the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD)', *Religion and human rights* 2010 vol. 5, nr. 2-3, p. 102. Zie ook IVUR-comité 8 augustus 2007, comm.no. 36/2006 (P.S.N./Denemarken); IVUR-comité 8 augustus 2007, comm.no. 37/2006 (A.W.R.A.P./Denemarken) en IVUR-Comité, General recommendation no. 35: Combating racist hate speech, 2013, aanbeveling 6 en 7.

⁶ Thornberry 2010 (zie noot 5), p. 109.

⁷ D. Mahalic & J.G. Mahalic, 'The limitation provisions of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination', *Human Rights Quarterly* 1987, nr. 1, p. 98; IVUR-comité 4 april 2013, comm.no. 48/2010 (TBB/Duitsland).

⁸ IVUR-Comité, General recommendation no. 35: combating racist hate speech, 2013.

eveneens van groot belang), het bereik van de uitlating (daarbij moet onder meer gekeken worden naar 'the frequency and extent of the communication, in particular when repetition suggests the existence of a deliberate strategy to engender hostility towards ethnic and racial groups') en het doel van de uitlating ('speech protecting or defending the human rights of individuals and groups should not be subject to criminal or other sanctions').⁹ Bij de strafbaarstelling van aanzetten tot discriminatie (maar eigenlijk bij alle strafbaarstellingen die volgen uit artikel 4 IVUR) moet bovendien specifiek worden gelet op de intentie van de spreker en 'the imminent risk or likelihood that the conduct desired or intended by the speaker will result from the speech in question' (aanbeveling 16). Bovendien geldt dat 'the expression of ideas and opinions made in the context of academic debates, political engagement or similar activity, and without incitement to hatred, contempt, violence or discrimination, should be regarded as legitimate exercises of the right to freedom of expression, even when such ideas are controversial' (aanbeveling 25).

Kortom: het IVUR verplicht tot strafbaarstelling van aanzetten tot haat en discriminatie op grond van ras, al geeft het Comité recentelijk wel aanknopingspunten aan staten voor een proportionele en genuanceerde interpretatie van de verdragsverplichtingen die recht doet aan de vrijheid van meningsuiting.

Het Aanvullend Protocol bij het Cybercrimeverdrag

Het Aanvullend Protocol bij het Cybercrimeverdrag¹⁰ verplicht staten tot strafbaarstelling van 'het publiekelijk verspreiden, of op andere wijze voor het publiek beschikbaar maken van racistisch en xenofobisch materiaal via een computersysteem' (art. 3 lid 1). Onder racistisch en xenofobisch materiaal valt 'schriftelijk materiaal, beelden of elke andere weergave van ideeën of theorieën, waarin haat, discriminatie of geweld, tegen een individu of groep van individuen, op grond van ras, kleur, afkomst of nationaliteit of etnische herkomst, alsmede godsdienst, voor zover deze wordt gebruikt als aanleiding voor een van deze elementen, wordt bevorderd, aangemoedigd dan wel hiertoe wordt aanzet.' Het tweede lid van artikel 3 biedt staten de mogelijkheid om dit gedrag niet strafbaar te stellen 'wanneer het materiaal discriminatie bevordert, aanmoedigt of hiertoe aanzet die geen verband houdt met haat of geweld, mits andere doeltreffende rechtsmiddelen beschikbaar zijn.' Kan een staat die andere rechtsmiddelen in concrete gevallen niet inzetten 'als gevolg van gevestigde beginselen in haar nationale rechtstelsel betreffende de vrijheid van meningsuiting', dan kan de staat zich het recht voorbehouden het eerste lid niet toe te passen. Dat geldt echter alleen voor aanzetten (etc.) tot discriminatie; dit voorbehoud kan niet worden gemaakt bij de strafbaarstelling van aanzetten (etc.) tot haat of geweld.¹¹ Nederland heeft geen gebruik gemaakt van dergelijke voorbehouden.¹²

Daarnaast dienen staten op grond van art. 5 lid 1 strafbaar te stellen belediging via een computersysteem van (een groep) personen die wordt/worden onderscheiden door ras, kleur,

afkomst of nationale of etnische herkomst, en godsdienst 'voor zover deze wordt gebruikt als aanleiding voor een van deze elementen'. Een staat kan op grond van lid 2 echter ervoor kiezen om dit gedrag niet strafbaar te stellen of slechts strafbaar te stellen voor zover het tot gevolg heeft dat de (groep) personen wordt/worden blootgesteld aan haat, minachting of spot (zodat het accent komt te liggen op de gevolgen van de uitlating). Ook van deze 'opt-out'-clausule heeft de Nederlandse regering geen gebruik gemaakt.

Zolang Nederland geen gebruik maakt van de opt-out clausules, kunnen art. 137c en aanzetten tot discriminatie in art. 137d dan ook niet worden geschrapt – althans, niet voor wat betreft uitlatingen via computersystemen die betrekking hebben op de discriminatiegrond ras (en mogelijk ook de discriminatiegrond godsdienst of levensovertuiging, tenzij het begrip 'ras' erg breed wordt geïnterpreteerd). De strafbaarstelling van aanzetten tot haat op deze gronden kan niet worden geschrapt; daarbij kunnen ook geen voorbehouden worden gemaakt.

Het EU-Kaderbesluit inzake racisme en vreemdelingenhaat

Het EU-Kaderbesluit inzake racisme en vreemdelingenhaat¹³, dat alle EU-lidstaten voor 28 november 2010 moesten hebben geïmplementeerd, verplicht onder meer tot strafbaarstelling van 'het publiekelijk aanzetten tot geweld of haat jegens een groep personen, of een lid van die groep, die op basis van ras, huidskleur, godsdienst, afstamming, dan wel nationale of etnische afkomst wordt gedefinieerd' (art. 1 lid 1 onder a). Aanzetten tot haat of geweld op grond van godsdienst behoeft slechts strafbaar te worden gesteld als die uitlatingen dienen als voorwendsel voor wat eigenlijk racisme is (lid 3).

Staten kunnen ervoor kiezen om extra vereisten in de wet op te nemen, namelijk dat de uitlating de openbare orde dreigt te verstoren en/of dat de uitlating bedreigend, kwetsend of beledigend is (lid 2); Nederland heeft echter geen gebruik gemaakt van deze mogelijkheid en heeft aangegeven met de artikelen 137c en 137d aan de verdragsverplichtingen te voldoen.¹⁴

Kortom: anders dan de indiener stelt zou Nederland, wanneer aanzetten tot haat niet langer strafbaar zou zijn, in strijd handelen met deze verplichting uit het EU-recht – in elk geval voor wat betreft de grond ras.¹⁵ Met betrekking tot de grond godsdienst of levensovertuiging biedt het Kaderbesluit de mogelijkheid om te bepalen dat de strafbaarstelling slechts geldt voor gevallen waarin een uitlating feitelijk als racisme is bedoeld.

Bovendien bevatten zowel het Aanvullend Protocol (art. 6) als het EU-Kaderbesluit (art. 1 onder c en d) bepalingen over het publiekelijk vergoelijken, ontkennen of verregaand bagatelliseren van genocide, misdaden tegen de menselijkheid en oorlogsmisdaden. Het Protocol biedt de mogelijkheid deze strafbaarstelling geheel of gedeeltelijk achterwege te laten; Nederland heeft daarbij aangegeven ervoor te kie-

⁹ IVUR-Comité, General recommendation no. 35: combating racist hate speech, 2013, aanbeveling 15.

¹⁰ Aanvullend Protocol bij het Verdrag inzake de bestrijding van strafbare feiten verbonden met elektronische netwerken, betreffende de strafbaarstelling van handelingen van racistische en xenofobische aard verricht via computersystemen, ETS nr. 189.

¹¹ Aanvullend Protocol bij het Verdrag inzake de bestrijding van strafbare feiten verbonden met elektronische netwerken, betreffende de strafbaarstelling van

handelingen van racistische en xenofobische aard verricht via computersystemen, ETS nr. 189, Explanatory report, par. 32.

¹² Rijkswet tot goedkeuring van het Aanvullend Protocol, *Trb.* 2010, 334.

¹³ Kaderbesluit 2008/913/JBZ van de Raad van 28 november 2008 betreffende de bestrijding van bepaalde vormen en uitingen van racisme en vreemdelingenhaat door middel van het strafrecht.

¹⁴ *Kamerstukken I* 2007/08, 23490, nr. DH.

¹⁵ Zie ook *Kamerstukken II* 2014/15, 34051, nr. 4, p. 6.

zen deze gedragingen slechts strafbaar te stellen voor zover zij aanzetten tot haat, discriminatie of geweld wegens ras of godsdienst.¹⁶ Het Kaderbesluit verplicht slechts tot strafbaarstelling voor zover de gedraging van dien aard is dat zij het geweld of de haat tegen een (etnische, etc.) groep dreigt aan te wakkeren. (Overigens is sterk de vraag welke toegevoegde waarde dit artikel heeft naast de algemene strafbaarstelling van aanzetten tot haat of geweld die het Kaderbesluit reeds bevat; het strafbaarstellen van dergelijke uitlatingen over het verleden brengt bovendien veel problemen met zich mee voor de vrijheid van meningsuiting, en ook het EHRM heeft moeite daarin een consistente lijn te vinden. Dat valt echter buiten het bestek van dit artikel.¹⁷) In Nederland kan in ieder geval de ontkenning van de Holocaust onder omstandigheden belediging van de joodse bevolkingsgroep opleveren onder art. 137c.¹⁸ Nederland heeft dan ook geen nadere bepalingen in het Wetboek van Strafrecht opgenomen. Als het initiatiefwetsvoorstel wordt aangenomen, zouden dergelijke uitlatingen echter onder geen enkele strafbaarstelling meer vallen.¹⁹ Het schrappen van art. 137c zou waarschijnlijk wel mogelijk zijn, omdat internationaal slechts een verplichting bestaat om genocide-ontkenning en dergelijke strafbaar te stellen wanneer de uitlating ook aanzet tot haat of geweld. Het schrappen van aanzetten tot haat in art. 137d zou er echter voor zorgen dat Nederland niet langer aan de verplichtingen uit het Kaderbesluit voldoet.

Het IVBPR

Opvallend is dat de indiener niet ingaat op een ander belangrijk verdrag, namelijk het Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten (IVBPR). Dat verdrag beschermt de vrijheid van meningsuiting (art. 19), maar bevat tevens een relevante positieve verplichting in art. 20(2): 'Het propageren van op nationale afkomst, ras of godsdienst gebaseerde haatgevoelens die aanzetten tot discriminatie, vijandigheid of geweld, wordt bij de wet verboden'. Dat hoeft geen strafrechtelijk verbod te zijn. In conceptversies van het IVBPR werd expliciet gesproken over een strafrechtelijk verbod, maar in het uiteindelijke verdrag niet meer. Het gaat in dit artikel om vrij directe vormen van haatzaaien ('incitement to imminent acts of violence or discrimination against a specific individual or group'):²⁰ art. 20 kan niet los worden gezien van de vrijheid van meningsuiting zoals gegarandeerd in art. 19 IVBPR. Volgens dat artikel kan de vrijheid van meningsuiting slechts worden beperkt door restricties die bij de wet zijn voorzien en nodig zijn in het belang van één van de genoemde doelcriteria. Beperkingen moeten strikt noodzakelijk zijn en in verhouding staan tot het te bereiken doel.²¹ Duidelijk is dat de strafbaarstelling van groepsbelediging niet is vereist onder art. 20(2). Omdat art. 20(2) niet verplicht tot een strafrechtelijke reactie, is ook de vraag of art. 137d Sr noodzakelijk is. Mocht het artikel geschrapt worden, dan moet Nederland in concrete situaties wel kunnen aantonen door andersoortige 'verboden', zoals middels de onrechtmatige daad, dergelijke uitlatingen effectief te kunnen aanpakken. Het VN-Mensenrechtencomité

heeft zich niet in algemene zin uitgesproken over de vraag wanneer niet-strafrechtelijke maatregelen voldoende zijn.

Het EVRM

Volgens de initiatiefnemer zijn de artikelen 137c en (deels) 137d een onevenredige inbreuk op de vrijheid van meningsuiting (art. 10 EVRM), vooral omdat ze te vaag zouden zijn. Allereerst valt op dat in de memorie van toelichting niet wordt ingegaan op art. 7 EVRM (het legaliteitsbeginsel). Ten tweede is de vraag of de desbetreffende artikelen inderdaad een disproportionele inbreuk vormen op art. 10 EVRM.

Artikel 7 EVRM omvat mede het *lex certa*-beginsel: strafrechtelijke verboden moeten voldoende duidelijk zijn gedefinieerd, al hoeft er niet per se een geschreven wet te zijn. Als ontwikkelingen in de rechtspraak 'consistent with the essence of the offence' zijn en redelijk voorzienbaar, kan dat reeds voldoende duidelijkheid geven.²² Ook als er wel een wettelijke bepaling bestaat, is het niet per definitie problematisch wanneer een rechterlijke interpretatie nodig is om de bewoordingen van de wet te verduidelijken: 'An individual must know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it, what acts and omissions will make him criminally liable'.²³ De relatie tussen het legaliteitsbeginsel en de vrijheid van meningsuiting komt duidelijk naar voren in art. 10(2) EVRM: beperkingen van de vrijheid van meningsuiting moeten bij de wet ('law', dus ook rechtersrecht) zijn voorzien, een legitiem doel dienen en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Het vereiste 'prescribed by law' houdt mede in dat het recht voldoende duidelijk moet zijn om burgers in staat te stellen hun gedrag op die wet af te stemmen (zo nodig met gebruikmaking van rechtskundig advies). Maar het Hof accepteert daarbij ook dat 'many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and (its) interpretation and application are questions of practice'.²⁴ Met betrekking tot strafbaarstellingen is het daarom zelden zo dat een wet naar het oordeel van het EHRM onvoldoende duidelijk is. Zo was bijvoorbeeld ook de Turkse wettekst 'discrimination of propaganda against the indivisibility of the state' naar het oordeel van het Hof niet te vaag (al leidt die wet wel regelmatig tot disproportionele inbreuken op de vrijheid van meningsuiting – maar dan gaat het mis bij het criterium 'noodzakelijk in een democratische samenleving' en niet bij het criterium 'bij de wet voorzien').²⁵

Leiden de artikelen 137c en 137d dan tot inbreuken op art. 10 EVRM die niet 'noodzakelijk in een democratische samenleving' zijn? Dat criterium houdt in dat er sprake moet zijn van een 'pressing social need', de autoriteiten moeten relevante en toereikende redenen hebben voor de beperking en deze moet proportioneel zijn ten aanzien van het te bereiken doel. De indiener stelt terecht dat de autoriteiten terughoudend moeten zijn met het gebruik van het strafrecht ter beperking van de vrijheid van meningsuiting, en dat choquerende en veront-

¹⁶ Rijkswet tot goedkeuring van het Aanvullend Protocol, *Trb.* 2010, 334, art. 2.

¹⁷ Zie EHRM 17 december 2013, nr. 27510/08, *EHRC* 2014/60 m.nt. P.B.C. van Sasse van Ysselt (*Perinçek/Zwitserland*).

¹⁸ HR 27 maart 2012, *NJ* 2012, 220.

¹⁹ P.A.M. Mevis & P.A.M. Verrest, 'Enkele gedachten over rechtsvorming en inhoud van strafbaarheid van uitingsdelicten na Hoge Raad 10 maart 2009', in: J.W. Fokkens e.a., *Ad hunc modum: opstellen over materieel strafrecht: liber amicorum A.J. Machielse*, Deventer: Kluwer, 2013.

²⁰ Report of the UN Special Rapporteur on freedom of religion or belief, Asma Jahangir, and the Special Rapporteur on contemporary forms of racism, racial

discrimination, xenophobia and related intolerance, Doudou Diène, further to Human Rights Council decision 1/107 on incitement to racial and religious hatred and the promotion of tolerance, 20 September 2006, A/HRC/2/3, par. 47.

²¹ M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Kehl: Engel 2005 (2e ed.), p. 460.

²² EHRM 22 november 1995, nr. 20190/92, *NJ* 1997, 1 m.nt. Knigge (*C.R./Verenigd Koninkrijk*).

²³ EHRM (GK) 12 februari 2008, nr. 21906/04 (*Kafkaris/Cyprus*), par. 140.

²⁴ EHRM 27 april 1979, nr. 6538/74 (*Sunday Times/Verenigd Koninkrijk*), par. 49.

²⁵ EHRM (GK) 8 juli 1999, nrs. 23536/94 en 24408/94 (*Başkaya en Okçuoglu/Turkije*).

rustende uitlatingen geoorloofd kunnen zijn. Of dat ook geldt voor 'beledigende' uitlatingen, zoals de indiener aangeeft, is echter de vraag: het woord 'offend' dat het Hof in deze context gebruikt kan wellicht beter worden vertaald als 'kwetsen'. Bovendien is de uitingenvrijheid, zoals Van Klaveren ook stelt, bijzonder groot waar het gaat om uitlatingen in de context van het publieke debat, zeker het politieke debat; discussies over immigratie en integratie kunnen ook hieronder vallen.

In de EHRM-zaken waarin het ging om uitlatingen in de context van het debat over immigratie en integratie oordeelde het Hof echter uiteindelijk steeds dat een strafbare veroordeling voor haatuitingen desondanks gerechtvaardigd was.²⁶ Juist omdat de nationale autoriteiten het best in staat zijn om te beoordelen welke grenzen al dan niet aan dit debat dienen te worden gesteld, hebben zij een grote 'margin of appreciation'. Wanneer uitlatingen een vijandbeeld schetsen van een groep (zoals immigranten of moslims), hen afschilderen als een bedreiging en zo een wig drijven tussen verschillende groepen in de samenleving, kan een veroordeling gerechtvaardigd zijn volgens het Hof. In de zaak-Norwood werd een beroep op art. 10 zelfs niet ontvankelijk verklaard vanwege misbruik van recht, omdat het Hof de uitlating – een poster met een foto van de brandende Twin Towers en de woorden 'Islam out of Britain – protect the British people' – incompatibel vond met de waarden uit het Verdrag.²⁷ Overigens vindt het EHRM dat staten niet alleen uitlatingen mogen verbieden die direct aanzetten tot geweld of strafbare feiten; 'attacks on persons committed by insulting, holding up to ridicule or slandering specific groups of the population can be sufficient'.²⁸

Bovendien hebben politici enerzijds een bijzonder grote uitingenvrijheid, maar anderzijds een grotere verantwoordelijkheid om te voorkomen dat zij aanzetten tot haat: zij dienen juist de democratische samenleving hoog te houden.²⁹ Volgens de indiener is met deze Féret-uitspraak een consistente lijn in de EHRM-jurisprudentie verlaten, waarin juist een bevoorrechte positie werd toegekend aan politieke meningen. Dat is echter maar één kant van het verhaal: de algemene lijn van het Hof inzake 'hate speech' (zowel op grond van ras als op grond van geloof, en recentelijk tevens seksuele oriëntatie³⁰) duidt er juist op dat nationale staten een grote beoordelingsvrijheid hebben om aanzetten tot haat, en waarschijnlijk ook aanzetten tot discriminatie, strafrechtelijk te verbieden.³¹ De jurisprudentie van het Hof over de uitingenvrijheid in het politieke debat liet tot aan de zaak-Féret simpelweg nog weinig voorbeelden zien van haatzaaien door politici³², maar dat wil niet zeggen dat in die zaak een consistente lijn wordt verlaten. De rechtspraak waarnaar de memorie van toelichting verwijst gaat deels over belediging van gezagsdragers (veroordelingen van journalisten en parlementariërs wegens smaad³³; de

uitingsvrijheid is op dat gebied juist bijzonder groot omdat gezagsdragers meer moeten kunnen hebben dan de gemiddelde burger. Kritiek op hun optreden is immers van groot belang in een democratische samenleving. Uitlatingen door politici over minderheidsgroepen vergen logischerwijs een andere beoordeling³⁴, al speelt ook daar uiteraard de context van het publieke debat een rol. Wanneer dan naar het Nederlandse recht wordt gekeken, ligt het eerder in de rede om de wetgeving over smaad, laster en eenvoudige belediging (inclusief majesteitsschennis) eens goed tegen het licht te houden – maar juist die wetgeving wil de indiener ongewijzigd laten.

Kortom: uit de memorie van toelichting ontstaat een vertekend beeld over de EHRM-jurisprudentie en de ontwikkeling daarin. Dat de toepassing van de artikelen 137c en 137d Sr snel tot een schending van art. 10 EVRM zullen leiden, is onwaarschijnlijk. Wel laat de jurisprudentie van het EHRM een grote beoordelingsvrijheid aan nationale staten, juist ook in het politieke debat over immigratie en integratie. Dat biedt zeker aanknopingspunten voor de Nederlandse wetgever om de huidige artikelen 137c-d eens tegen het licht te houden. Er zijn immers, ook binnen het Hof, wel degelijk kritische geluiden te horen over de lijn die het Hof heeft uitgezet in Féret met betrekking tot 'hate speech' in algemene zin³⁵: hoe strikt moet de relatie zijn tussen uitlating en (mogelijke) gevolgen om te kunnen spreken van 'aanzetten tot haat'?

Onduidelijk is overigens wat de indiener beoogt wanneer hij stelt dat het onderhavige wetsvoorstel mede ertoe sterkt de onduidelijkheid die de Féret-uitspraak heeft opgeroepen, weg te nemen, door een uitspraak te doen die de 'vaste lijn' van het Hof over de vrijheid van meningsuiting van politici moet bevestigen. Als deze wetswijziging zou worden aangenomen 'draagt Nederland bij aan de bestendiging van de consensus dat de vrijheid van politieke meningsuiting een bevoorrechte positie inneemt', aldus de memorie: zo zou het Hof vervolgens gemakkelijker een Europese consensus op dit punt kunnen aannemen. Dit argument gaat er echter aan voorbij dat haatzaaien in elk EU-land wel in een of andere vorm strafbaar is (en de Europese instrumenten ook daartoe verplichten, tenminste bij bepaalde groepskenmerken)³⁶, zodat het voor het Hof niet erg ingewikkeld zal zijn om een consensus in de tegenovergestelde richting vast te stellen. Met betrekking tot politici kan bovendien worden gewezen op aanbeveling (97) 20 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa over 'hate speech', waarnaar het EHRM soms ook verwijst: principle 1 stelt dat '[t]he governments of the member states, public authorities and public institutions at the national, regional and local levels, as well as officials, have a special responsibility to refrain from statements, in particular to the media, which may reasonably be understood as hate speech, or as speech likely

26 EHRM 10 juli 2008, nr. 15948/03, *EHRC* 2008/112 m.nt. J.H. Gerards (*Soulas e.a./Frankrijk*). EHRM (n-o) 20 april 2010, nr. 18788/09, *NTM/ NJCM-Bull.* 2010, p. 533 m.nt. R.A. Lawson; *NJ* 2010, 429 m.nt. E.J. Dommering (*Le Pen/Frankrijk*).

27 EHRM (n-o) 16 november 2004, nr. 23131/03 (*Norwood/Verenigd Koninkrijk*).

28 EHRM 9 februari 2012, nr. 1813/07 (*Vejdeland/Zweden*), par. 55; EHRM 16 juli 2009, nr. 15615/07, *NJ* 2009, 412 m.nt. E.J. Dommering (*Féret/België*), par. 73. Zie ook E. Dommering, 'Féret en daarna', in: M.J. Geus e.a. (red.), *25 jaar Mediaforum, een blik vooruit via de achteruitkijkspiegel: 25 jaar rechtspraak media- en communicatierecht*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2013, p. 160-167.

29 EHRM 16 juli 2009, nr. 15615/07, *NJ* 2009, 412 m.nt. E.J. Dommering (*Féret/België*).

30 EHRM 9 februari 2012, nr. 1813/07 (*Vejdeland/Zweden*).

31 Zie bijvoorbeeld ook ECRM 11 oktober 1979, nrs. 8348/78 en 8406/78, *NJ* 1985, 525 m.nt. E.A. Alkema (*Glimmerveen en Hagenbeek/Nederland*); EHRM 16 november 2004, nr. 23131/03 (*Norwood/Verenigd Koninkrijk*); EHRM (GK) 23 september 1994, nr. 15890/89 (*Jersild/Denemarken*).

32 Zie wel het oordeel van de Commissie over uitspraken van de NVU-politici

Glimmerveen en Hagenbeek, wier klacht over artikel 10 EVRM niet-ontvankelijk werd verklaard. ECRM 11 oktober 1979, nrs. 8348/78 en 8406/78, *NJ* 1985, 525 m.nt. E.A. Alkema (*Glimmerveen en Hagenbeek/Nederland*).

33 EHRM 26 februari 2002, nr. 28525/95 (*Unabhängige Initiative Informationsvielfalt/Oostenrijk*); EHRM 13 november 2003, nr. 39394/98 (*Scharsach/Oostenrijk*); EHRM 23 april 1992, nr. 11798/85 (*Castells/Spanje*).

34 Zie in dit verband ook de conclusie van A-G Knigge bij HR 16 december 2014, *NJ* 2015/108, m.nt. Rozemond.

35 EHRM 16 juli 2009, nr. 15615/07, *NJ* 2009, 412 m.nt. E.J. Dommering, Dissenting opinion of judge Sajo, joined by judges Zagrebelsky and Tsotsoria (*Féret/België*).

36 European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *Report on the relationship between freedom of expression and freedom of religion: the issue of regulation and prosecution of blasphemy, religious insult and incitement to religious hatred*, 23 oktober 2008, CDL-AD(2008)026.

to produce the effect of legitimising, spreading or promoting racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of discrimination or hatred based on intolerance.' Als Nederland zou besluiten om aanzetten tot haat en discriminatie uit het wetboek te schrappen zou dat waarschijnlijk veeleer tot een storm aan internationale kritiek leiden.

Overigens heeft het EHRM zich ook wel gebogen over de vraag of er positieve verplichtingen zijn om haatuitingen tegen te gaan. Het Hof oordeelde in *Aksu/Turkije* dat 'any negative stereotyping of a group, when it reaches a certain level, is capable of impacting on the group's sense of identity and the feelings of self-worth and self-confidence of members of the group. It is in this sense that it can be seen as affecting the private life of members of the group.'³⁷ Artikel 8 EVRM (het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer) kan dan ook in het geding komen, maar het Hof heeft nog geen positieve verplichting tot strafbaarstelling van dergelijke uitlatingen aangenomen. Staten hebben immers een grote beoordelingsmarge om zelf een belangenafweging tussen art. 10 en art. 8 te maken.

Lex certa en de vrijheid van meningsuiting

Met betrekking tot het *lex certa*-beginsel geeft Van Klaveren aan dat art. 137c en 137d Sr ruimte bieden voor een tegenovergestelde interpretatie, zoals onder meer zou blijken uit de art. 12-beschikking van het hof Amsterdam omtrent de vervolging van Wilders vergeleken met de uitspraak van de rechtbank Amsterdam waarin Wilders werd vrijgesproken.³⁸ Burgers zijn daarom niet in de gelegenheid hun handelen af te stemmen op de strafwet, en dat zou met name problematisch zijn nu het gaat om uitlatingen en daarmee de vrijheid van meningsuiting in het geding is: dan kan volgens de indiener een 'chilling effect' ontstaan.

Naast de Wilders-uitspraken noemt de memorie van toelichting ook andere recente gebeurtenissen, zoals 'de veroordeling van een man die een islamkritische poster voor zijn raam hing'. In deze zaak heeft de Hoge Raad echter geoordeeld dat de poster juist niet onder het bereik van art. 137c viel. Het zich beledigend uitlaten over een godsdienst is niet strafbaar onder art. 137c, zo oordeelde de Hoge Raad, 'ook niet indien dit geschiedt op zo'n wijze dat de aanhangers van die godsdienst daardoor in hun godsdienstige gevoelens worden gekrenkt'.³⁹ Een uitlating moet onmiskenbaar betrekking hebben op een groep mensen. Het schrappen van art. 137c is in dat opzicht onnodig.

Kijken we naar de juridische inhoud van het legaliteitsbeginsel in art. 1 Sr en art. 16 GW (specifiek de deelnorm *lex certa*), dan is – anders dan de indiener stelt – niet aannemelijk dat de artikelen 137c en 137d een schending van die norm zouden opleveren. Net als het EHRM is de Hoge Raad van oordeel dat enige vaagheid onvermijdelijk is; een schending van dit beginsel wordt dan ook zelden aangenomen.⁴⁰

Dat laat onverlet dat de indiener zeker een punt heeft wanneer hij stelt dat beide artikelen erg vaag en ruim zijn geformuleerd, en daardoor weinig duidelijkheid bieden voor de rechter en voor burgers. Dat is inderdaad bijzonder problematisch wanneer het gaat om beperkingen van de vrijheid van meningsuiting. De discrepanties tussen de twee oordelen over Wilders laten dat goed zien, maar het is een probleem dat al langer speelt⁴¹ – en dat ook door de Raad van State wordt onderkend.⁴² De tekst van beide artikelen ('beledigend', 'aanzetten tot haat') biedt weinig houvast, terwijl ook uit de wetsgeschiedenis geen duidelijke richting kan worden gedestilleerd. Dat heeft ook te maken met het gebrek aan fundamentele bezinning op de vrijheid van meningsuiting en de grenzen die daaraan kunnen worden gesteld. De ratio achter beide artikelen is een combinatie tussen openbare ordeargumenten en het tegengaan van 'negatieve beeldvorming' (het idee dat uitlatingen leiden tot negatieve ideeën over bepaalde groepen, die op de langere termijn tot discriminatie en geweld zouden kunnen leiden). Dat zegt op zichzelf nog vrij weinig over de precieze grenzen aan de bepalingen: in de rechtspraak wordt van oudsher weinig aandacht besteed aan de vraag of een uitlating daadwerkelijk geschikt is om tot die negatieve beeldvorming te leiden. Lange tijd was de rol van art. 10 EVRM in de jurisprudentie over art. 137c en 137d zeer beperkt; de verhouding tussen vrijheid van meningsuiting en het recht om niet gediscrimineerd te worden was wettelijk vastgelegd in deze artikelen, zo was het idee, en de rechter hoefde zelf niet heel diep daarop in te gaan. In de jaren '90 vonden velen het nog onvoorstelbaar dat de vrijheid van meningsuiting überhaupt ooit een rechtvaardiging kon vormen voor belediging of aanzetten tot haat/discriminatie, en de regering zelf wilde ook niet de indruk wekken dat zij niet genoeg deed om discriminatie tegen te gaan.⁴³ De uitbreiding van de artikelen 137c-d met nieuwe gronden (geslacht, hetero- en homoseksuele gerichtheid) bracht weinig commotie teweeg. De rol van art. 10 EVRM in de rechtspraak veranderde eind jaren '90 met enkele uitspraken van de Hoge Raad over belediging van homoseksuelen in het kader van geloofsovertuigingen. In het contextuele toetsingskader dat de Hoge Raad daar gebruikte, was ruimte voor het meenemen van art. 10 EVRM:⁴⁴ de rechter dient immers te beoordelen (1) of een uiting op zichzelf beledigend is; (2) of de context aan de uiting het beledigend karakter ontnemt; en (3) wanneer de context het beledigend karakter aan de uitlating ontnemt, of de uiting desondanks – ook binnen de context – *onnodig grievend* is. Deze beoordelingswijze is sindsdien veelvuldig toegepast. In navolging van de rechtspraak in eerste en tweede aanleg van de afgelopen jaren, past de Hoge Raad dit toetsingskader nu ook toe bij art. 137d.⁴⁵

Met het losbarsten van het publieke debat over immigratie en integratie vanaf 2001 begon ook de rechterlijke interpretatie van art. 137c en 137d diverser te worden. De 'contextuele interpretatie' kan op vele verschillende manieren worden ingevuld, terwijl de rechtspraak van het EHRM (en de soms selectieve manier waarop die wordt gebruikt) het moeilijk maakt om tot consistentie te komen. Door de verschuivende

³⁷ EHRM (GK) 15 maart 2012, nr. 4149/04 en 41029/04 (*Aksu/Turkije*), par. 58.

³⁸ Rechtbank Amsterdam 23 juni 2011, NJ 2012, 370 m.nt. Mevis; *Mediaforum* 2011-9 m.nt. Van Noorloos; Gerechtshof Amsterdam 21 januari 2009, NJ 2009, 191 m.nt. Buruma; *Mediaforum* 2009-3 m.nt. Nieuwenhuis.

³⁹ HR 10 maart 2009, NJ 2010, 19 m.nt. Mevis.

⁴⁰ HR 2 april 1985, NJ 1985, 796. Zie in dit verband J.S. Nan, *Het lex certa-beginsel* (proefschrift Universiteit van Tilburg), 2011, Den Haag: SDU.

⁴¹ Zie A. Nieuwenhuis & E. Janssen, 'De onduidelijke verhouding tussen vrijheid van meningsuiting en discriminatie', *Mediaforum* 2011-4, p. 94-104.

⁴² Kamerstukken II 2014/15, 34051, nr. 4, p. 9.

⁴³ Kamerstukken II 1987-88, 20239, nr. 4, p. 4.

⁴⁴ HR 9 januari 2001, NJ 2001, 204 m.nt. De Hullu (*Justitiekrant*); HR 9 januari 2001, NJ 2001/203 (*Van Dijke*); HR 14 januari 2003, NJ 2003, 261 m.nt. Mevis (*Dominee*). Zie ook Gerechtshof 's-Gravenhage 18 november 2002, NJ 2003, 24 (*El Moumni*).

⁴⁵ HR 16 december 2014, NJ 2015/108, m.nt. Rozemond.

grenzen in het publieke discours, en wellicht ook omdat de vrijheid van meningsuiting voorheen nooit echt een punt van discussie was in Nederland, ontstond veel onzekerheid over de grenzen van de breed geformuleerde strafbaarstellingen.⁴⁶ Zo bracht het OM (gevolgd door de rechtbank) in de Wilders-zaak in 2011 voor het eerst een zeer restrictieve interpretatie van art. 137d – zowel aanzetten tot haat als aanzetten tot discriminatie – naar voren. Werd ‘aanzetten tot haat’ in de rechtspraak tot dan toe nog gedefinieerd als scheppen van een ‘intrinsiek conflictueuze tweedeling’ tussen verschillende groepen⁴⁷, volgens de rechtbank moet er tevens sprake zijn van een opruiend of ‘krachtversterkend’ element in het taalgebruik.⁴⁸ Bij het aanzetten tot discriminatie vond de rechtbank dat de politieke context de strafbaarheid wegnam van voorstellen die op zichzelf een discriminatoir karakter hadden – anders dan in de rechtspraak uit de jaren ’90, waarin het propageren van discriminerende plannen door politici bijna automatisch onder artikel 137d viel.⁴⁹ Nu geen hoger beroep of cassatie is ingesteld in deze zaak, blijft uiteraard de vraag of deze interpretaties daar overeenind waren gebleven.

Wel heeft de Hoge Raad eind 2014 een grens gesteld aan de restrictieve interpretatie van art. 137c en 137d die in lagere instanties was gegeven in de zaak tegen een lokale politicus die homofobe uitlatingen had gedaan.⁵⁰ De verdachte was destijds lijsttrekker van de Amsterdamse afdeling van de Republikeinse Moderne Partij en had deelgenomen aan een lijsttrekkersdebat over de grenzen van de vrijheid van meningsuiting. In een interview naar aanleiding daarvan stelde hij onder meer: ‘de ellende is dat we (...) te maken hebben met agressieve homofielen (...). En die agressieve homofielen zitten in het bestuur van de partij. En dat werkt naar beneden.’ (...) ‘Dus mensen met afwijkende sekse die pakken we aan, (...) die mensen eruit sodemieteren’. Hij werd vervolgd wegens groepsbelediging en aanzetten tot discriminatie.

Het hof ging in deze zaak direct in op de politieke context, te weten het feit dat de verdachte als lijsttrekker van zijn partij opmerkingen maakte over homoseksualiteit in het kader van (de voortzetting van) een discussie over de vrijheid van meningsuiting. Ook plaatste het hof de uitlatingen in het kader van art. 10 EVRM: uitlatingen mogen kwetsen, choqueren of verontrusten en politici hebben een bijzonder grote uitingenvrijheid. De bewoordingen hadden volgens het hof niet de strekking om te bedreigen en/of te intimideren en zetten ook niet aan tot haat of geweld. Ten eerste was het hof hiermee echter selectief aan het shoppen in de jurisprudentie van het EHRM en ten tweede gebruikte het hof het gangbare toetsingskader niet op een juiste manier. De Hoge Raad casceerde dan ook; hij maakte allereerst nog eens duidelijk dat een veroordeling op grond van art. 137c en 137d een toelaatbare beperking van art. 10 EVRM kan vormen als aan de vereisten van art. 10(2) is voldaan. Het hof had bovendien niet alleen moeten kijken naar de context van de uitlating, maar ook naar de vraag of de uitlating binnen die context desondanks niet onnodig grievend was (dat laatste verbaast overigens, omdat de zaak ook over art. 137d gaat: het woord ‘grievend’ lijkt niet goed aan te sluiten bij het delict ‘aanzetten tot discriminatie’). Daarbij is relevant dat een politicus volgens het EHRM enerzijds zaken

van algemeen belang aan de orde moet kunnen stellen en daarbij ook mag kwetsen, choqueren en verontrusten, maar dat een politicus anderzijds in het publieke debat de verantwoordelijkheid draagt om te voorkomen dat hij ‘uitlatingen verspreidt die strijdig zijn met de wet en met de grondbeginselen van de democratische rechtsstaat. Daarbij gaat het niet uitsluitend om uitlatingen die aanzetten tot haat of geweld of discriminatie maar ook om uitlatingen die aanzetten tot onverdraagzaamheid.’

Terwijl de Hoge Raad hier probeert een duidelijk kader uiteen te zetten, ontstaan door deze uitspraak dus weer nieuwe onzekerheden: wat bedoelt de Hoge Raad hier te zeggen? Welke boodschap kan de Nederlandse rechter hebben aan het feit dat het EHRM in de zaak *Féret* heeft overwogen dat een politicus een verantwoordelijkheid heeft om niet ‘aan te zetten tot onverdraagzaamheid’, nu dit feit in Nederland niet strafbaar is en er evenmin sprake is van positieve verplichtingen tot strafbaarstelling uit het EHRM? En wat dient de Nederlandse rechter te doen met uitlatingen van politici die strijdig zijn met de ‘grondbeginselen van de democratische rechtsstaat’ wanneer deze niet expliciet bij wet strafbaar zijn gesteld? Dat de Hoge Raad de twee verschillende zijden van de EHRM-medaille inzake vrijheid van meningsuiting voor politici voor het voetlicht wil brengen is goed te begrijpen, zeker nu in de lagere rechtspraak soms een te eenzijdig beeld van de Straatsburgse rechtspraak ontstaat. Deze overwegingen waren echter niet nodig geweest en leiden slechts tot meer onzekerheid.

Slot

De noodzaak om een nadere blik te werpen op art. 137c en 137d is dan ook allerm minst verdwenen, en de doelstelling van het wetsvoorstel om zowel de rechter als de burger meer duidelijkheid te bieden onderschrijf ik geheel. Het strafrecht moet een *ultimum remedium* zijn, juist waar de uitingenvrijheid in het geding is. Er moet kritisch worden bekeken of er daadwerkelijk een relatie bestaat tussen uitlatingen en de mogelijke negatieve gevolgen daarvan. Met name relevant in dit kader zijn negatieve beeldvorming die kan leiden tot discriminatie of geweld, of psychische schade aan de personen om wie het gaat.⁵¹ Daarnaast is een belangrijke vraag – die echter buiten het bereik van dit artikel valt – onder welke omstandigheden een vervolging voor haatuitingen effectief is.⁵² Er bestaan echter manieren om de wet in te perken die – in tegenstelling tot het voorstel van Van Klaveren – wel verdragsconform zijn en beter bijdragen aan het vinden van een balans tussen de vrijheid van meningsuiting en andere rechten en belangen.

De eerste vraag is of het nodig is om zowel artikel 137c als artikel 137d te handhaven. Om art. 137c te schrappen is een voorbehoud ingevolge artikel 5(2) van het Cybercrime-protocol nodig (voor wat betreft uitlatingen via computersystemen); voor het overige zijn geen internationale verplichtingen in het geding.

Tussen de artikelen 137c en 137d bestaat nogal wat overlap. Beide delicten hebben een vergelijkbare ratio, namelijk

⁴⁶ M. van Noorloos, *Hate speech revisited. A comparative and historical perspective on hate speech law in the Netherlands and England & Wales* (proefschrift UU), 2011, Antwerpen: Intersentia.

⁴⁷ HR 2 april 2002, *NJ* 2002, 421 m.nt. Mevis.

⁴⁸ Rechtbank Amsterdam, 23 juni 2011, *LJN* BQ9001, *Mediaforum* 2011-9 m.nt. Van Noorloos.

⁴⁹ HR 14 maart 1978, *NJ* 1978, 664; HR 14 maart 1989, *NJ* 1990, 29.

⁵⁰ HR 16 december 2014, *NJ* 2015, 108, m.nt. Rozemond.

⁵¹ Zie M. van Noorloos, *Strafbaarstelling van ‘belediging van geloof’: Een onderzoek naar mogelijke aanpassing van de uitingsdelicten in het Wetboek van Strafrecht, mede in het licht van internationale verdragsverplichtingen*, 2014, Den Haag: WODC / Boom Lemma uitgevers, par. 1.6 en 4.5.

⁵² Het oordeel dat Wilders vervolgd diende te worden leidde tot toenemende steun voor zijn partij; zie J. van Spanje & C. de Vreese, ‘The good, the bad and the voter: The impact of hate speech prosecution of a politician on electoral support for his party’, *Party politics* 2015, vol. 21, nr. 1, p. 115-130.

bescherming van de menselijke waardigheid in de zin van bescherming tegen negatieve beeldvorming over de groep. Het delict groepsbelediging – en de interpretatie daarvan in de rechtspraak – is regelmatig bekritiseerd in de literatuur. Vooral de wat oudere rechtspraak is weinig consistent: het is erg moeilijk gebleken om het objectieve begrip ‘aantasting van de eer en goede naam’ te onderscheiden van kwetsende uitlatingen.⁵³ Die jurisprudentie laat een bont geheel zien van satire, provocatieve columns, kritiek op de gedragingen van groepen en ‘indirecte belediging’, waarbij het sterk de vraag is of het strafrecht een rol zou moeten hebben.⁵⁴

De contextuele interpretatie bij art. 137c heeft bijgedragen aan een betere bescherming van de vrijheid van meningsuiting, maar met name de beoordeling of een uitlating ‘onnodig grievend’ is, brengt nog steeds risico’s met zich mee. Bij art. 137c treden dus eerder spanningen op met art. 10 EVRM en met het legaliteitsbeginsel dan bij art. 137d, waar de relatie tussen uitlating en mogelijke gevolgen (haat, discriminatie of geweld) meer op de voorgrond staat. Dat maakt het laatste delict beter geschikt om een proportionele afweging tussen vrijheid van meningsuiting en andere belangen te bereiken. Ook bij art. 137c gaat het om mogelijke gevolgen – namelijk of een uitlating de groep objectief gezien aantast in diens eer of goede naam – maar die afweging nodigt blijkens de jurisprudentie desondanks eerder uit tot subjectieve afwegingen waarbij feitelijk de kwetsing van gevoeligheden soms als belediging is gekwalificeerd.⁵⁵ Uitlatingen zoals genocide-ontkenning, die nu onder omstandigheden onder art. 137c kunnen vallen, zouden daarom wellicht beter onder art. 137d beoordeeld kunnen worden (en dat kan ook, gezien het Nederlandse voorbehoud bij het Cybercrime-protocol).

Als een individu ‘face-to-face’ wordt beledigd – een situatie die juist tot ernstigere gevolgen voor het welzijn van de persoon kan leiden dan uitlatingen over een groep via de media⁵⁶ – kan de eenvoudige belediging (art. 266 Sr) uitkomst bieden. Ook individuele belediging waarbij aan één van de discriminatiegronden wordt gerefereerd kan daaronder vallen, al zou kunnen worden gedacht aan het invoeren van een strafverzuwarende omstandigheid vanwege de bijzondere ernst.

Wel moet worden bedacht dat een deel van de uitlatingen die momenteel onder art. 137c worden vervolgd, extreem kleinerende scheldpartijen betreft van het type ‘berberapen’ en ‘onderkruipsels’.⁵⁷ Is zo’n uitlating niet gericht op specifieke individuen, dan is art. 266 niet van toepassing. Het is maar de vraag of deze uitlatingen altijd aanzetten tot haat of discriminatie van de bedoelde groepen, en dus onder art. 137d vallen (al is dit wel het type uitingen dat in de internationale literatuur veelal onder de term ‘hate speech’ wordt verstaan). De ratio is anders: meer dan het gevaar van discriminatie of

geweld door derden als gevolg van de uitlatingen, kan de ratio van het verbieden van zulke scheldpartijen in feite worden gevonden in het beschermen van de slachtoffers tegen psychische schade.⁵⁸ Voor deze categorie directe scheldpartijen zou wellicht toch gekeken moeten worden naar de mogelijkheid van een sterk gewijzigde versie van art. 137c (of een nieuw delict), waarvan de ratio duidelijk anders zou zijn dan van art. 137d. Als zulke uitlatingen binnen de context van een publiek debat plaatsvinden zou dat overigens niet snel een excuus vormen: ook dan zijn ze evident buiten proportie.⁵⁹ Wel moet er plaats blijven voor een vorm van contextuele toetsing, bijvoorbeeld om ironie van echte scheldpartijen te onderscheiden.

Wat te doen met art. 137d? Het verbod op aanzetten tot haat op grond van ras dient met het oog op de verdragsverplichtingen gehandhaafd te blijven, en waarschijnlijk geldt hetzelfde voor aanzetten tot haat op grond van godsdienst of levensovertuiging (al zou dat mogelijk nauw geïnterpreteerd kunnen worden in die zin dat het een voorwendsel moet zijn voor rassendiscriminatie). Toch is hier wel ruimte voor verduidelijking. Met name de relatie tussen uitlating en mogelijke consequenties kan scherper worden gesteld: is het daadwerkelijk waarschijnlijk dat een uitlating kan bijdragen aan haatgevoelens en dus uiteindelijk aan discriminatie of geweld tegen de groep, en is de uitlating *geschikt* om te leiden tot haatgevoelens tegen de groep? Zo kan worden vereist dat er een reëel risico of een reële dreiging bestaat dat een uitlating haatgevoelens tot gevolg heeft (bij derden, niet bij de groep slachtoffers zelf – het gaat niet om bescherming tegen eigenrichting door mensen die agressief reageren op uitlatingen tegen henzelf, want die ratio brengt weer eigen problemen met zich mee). Denk bijvoorbeeld aan het strafrecht in Engeland en Wales, waar met betrekking tot aanzetten tot rassenhaat is vereist dat ofwel de verdachte de intentie heeft om aan te zetten tot haat, ofwel dat het waarschijnlijk is dat de uitlating rassenhaat aanwakkert (s. 18 Public Order Act 1986).

In het Engelse recht worden ook eisen gesteld aan het soort woorden dat daarbij wordt gebruikt: de woorden moeten bedreigend, grievend of beledigend zijn. Nu zijn termen als ‘grievend’ en ‘beledigend’ bij het Nederlandse delict aanzetten tot haat minder gepast, omdat het tot verwarring kan leiden; daar kom ik later op terug. Wel zou de wetgever zich kunnen afvragen of de bewoordingen bij aanzetten tot haat per definitie een ‘krachtversterkend element’ zouden moeten bevatten (zoals de rechtbank Amsterdam in de Wilders-zaak stelde). Soms kan juist een zekere herhaling of opbouw van uitlatingen door één persoon of groep – ook al zijn die uitlatingen op zichzelf niet ‘krachtversterkend’ – wijzen op ‘a deliberate strategy to engender hostility towards ethnic and racial groups’.⁶⁰

Met betrekking tot aanzetten tot discriminatie geldt dat in

53 Onder meer W. Korthals Altes, ‘Opgehaalde schouders en lange tenen. Moet belediging van groepen strafbaar blijven?’, in: A.W. Hins & A.J. Nieuwenhuis (red.), *Van ontvanger naar zender: Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.M. de Meij*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2003, p. 199-215; Th. Rosier, *Vrijheid van meningsuiting en discriminatie in Nederland en Amerika*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997; A.L.J. Janssens & A.J. Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten*, Deventer: Kluwer 2011 (3e druk).

54 W. Korthals Altes, ‘Opgehaalde schouders en lange tenen. Moet belediging van groepen strafbaar blijven?’, in: A.W. Hins & A.J. Nieuwenhuis (red.), *Van ontvanger naar zender: Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.M. de Meij*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2003, p. 199-215.

55 Zie Th. Rosier, *Vrijheid van meningsuiting en discriminatie in Nederland en Amerika*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997; bijvoorbeeld Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch

22 september 1982, NJ 1984, 600.

56 J. Vrielink, *Van haat gesproken? Een rechtantropologisch onderzoek naar de bestrijding van rasgerelateerde uitingsdelicten in België*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2010, p. 389-436.

57 Zie bijvoorbeeld HR 26 juni 2012, NJ 2012, 415.

58 Zie D.O. Brink, ‘Millian principles, freedom of expression, and hate speech’, *Legal theory* 2001, nr. 2, p. 119-157.

59 Zie A.J. Nieuwenhuis & E.H. Janssen, ‘De onduidelijke verhouding tussen vrijheid van meningsuiting en discriminatie. Een analyse van de groepsbelediging en het haatzaaien’, *Mediaforum* 2011-4, p. 99.

60 IVUR-Comité, General recommendation no. 35: combating racist hate speech, 2013, aanbeveling 15.

elk geval het aanzetten tot rassendiscriminatie expliciet strafbaar moet blijven om aan het IVUR te voldoen. In het Nederlandse recht lijkt geen duidelijke grens te bestaan tussen aanzetten tot haat en aanzetten tot discriminatie⁶¹ – een uitlating die aanzet tot haatgevoelens tegen een groep zal vaak ook mensen aanzetten om de desbetreffende groep te discrimineren. Wel is er een categorie uitlatingen die logischerwijs sneller onder aanzetten tot discriminatie valt dan onder aanzetten tot haat: dat zijn de meer zakelijk geformuleerde politieke voornemens om discriminerende maatregelen te nemen tegen een groep, die echter niet zo rabiaat zijn geformuleerd dat echt wordt aangezet tot haatgevoelens. In de jaren '70-'90 werden politici met succes vervolgd voor zulke uitlatingen.⁶² Het idee van een politiek programma is immers om mensen aan te zetten op de partij te stemmen en zodoende de discriminerende plannen uit te kunnen voeren, zo luidde de argumentatie. Deze interpretatie van aanzetten tot discriminatie werd bij de vrijspraak van Wilders echter grotendeels verlaten. De rechtbank stelde dat een politicus een grote vrijheid geniet om voorstellen te doen en daarvoor steun te verwerven – dat is juist diens rol. Die voorstellen mogen niet 'grensoverschrijdend' zijn, maar wanneer is dat het geval? Er zijn vele politieke maatregelen denkbaar die mogelijk tot een ongerechtvaardigd onderscheid leiden – denk aan een pleidooi tegen adoptie door homostellen of een pleidooi tegen vrouwenkiesrecht.⁶³ Een verbod om over al deze zaken politieke voorstellen te doen zou erg ver gaan, zeker omdat het geldend recht over discriminatie zelf steeds in ontwikkeling is. Er is dus iets voor te zeggen om extra vereisten op te nemen, bijvoorbeeld dat alleen die voorstellen strafbaar zijn die (indien geëffectueerd) een directe aanval zouden vormen op de gelijke menselijke waardigheid (waarin een groep bijvoorbeeld tevens als minderwaardig wordt voorgesteld).

Het contextuele toetsingskader is inmiddels in de rechtspraak over zowel art. 137c als 137d redelijk ingeburgerd, al bestaat er nog steeds veel onduidelijkheid over de precieze toepassing. Dat zou een reden kunnen vormen om het expliciet in de wet op te nemen (bijvoorbeeld als rechtvaardigingsgrond), hoewel dan de vraag is of het begrip 'context' nader afgebakend moet en kan worden. Moet bijvoorbeeld de bijzondere positie van het politieke debat, en van politici daarin, nader ingekaderd worden? In de bovenstaande uitspraak van de Hoge Raad komen beide kanten van de EHRM-medaille naar voren, maar de vraag is of Nederland er binnen de 'margin of appreciation' voor wil kiezen verder te gaan in de bescherming van de vrijheid van meningsuiting. Onbeperkt kan de uitingsvrijheid van politici in elk geval niet zijn, gezien de andere verdragsverplichtingen over aanzetten tot haat en discriminatie.

Ook kan worden gedacht over een bredere invulling van het begrip 'contextuele toetsing', waarbij niet alleen de context van het publieke en politieke debat van belang is, maar

ook andere factoren. Zo formuleerde het IVUR-comité in haar aanbeveling een aantal contextuele factoren die relevant kunnen zijn voor het beoordelen van aanzetten tot rassendiscriminatie. Het economische, sociale en politieke klimaat op het moment van de uitlating kan een relevante factor zijn. Hierbij kan worden meegenomen in hoeverre een bepaalde groep een sterke positie heeft en wellicht minder bescherming nodig heeft tegen haatuitingen (de meerderheid versus kwetsbare minderheden) – dat kan in elke situatie weer anders uitpakken. Ook het doel van de uitlating (bijvoorbeeld om op te komen tegen misstanden) kan worden meegenomen, evenals het bereik van de uitlating, en de positie van ontvanger en spreker. Zelfs als het een politicus betreft moet bijvoorbeeld nog steeds worden bedacht of die daadwerkelijk zo'n grote invloed heeft als wordt aangenomen.⁶⁴

Het is aan te bevelen om de laatste stap in het contextuele toetsingsschema – is een uitlating onnodig grievend? – in wet dan wel rechtspraak anders te formuleren. De term lijkt immers te suggereren dat *kwetsende* uitlatingen strafbaar mogen worden gesteld. Overigens past deze term ook slecht bij art. 137d. Het OM stelde in de Wilders-zaak dat een uitlating onnodig grievend wanneer die 'óók in de context van het debat evident, voor de gemiddelde waarnemer, buiten proporties is'.⁶⁵ Dat is een objectieve beoordeling, waarbij het erom gaat dat er een wanverhouding bestaat tussen de grievendheid (de mate waarin is beledigd) en de functionaliteit (de mate waarin een bijdrage is geleverd aan het maatschappelijk debat). Een dergelijke invulling van de derde stap in het toetsingskader zou ofwel in de rechtspraak, ofwel in de wet duidelijker neergelegd kunnen worden zonder de verwarrende term 'grievend'.

Daarnaast is de vraag of de wet zou moeten differentiëren naar verschillende discriminatiegronden.⁶⁶ De internationale verplichtingen bieden daarvoor een zekere ruimte. Met betrekking tot godsdienst en levensovertuiging geldt dat positieve verplichtingen tot strafbaarstelling slechts zien op uitlatingen waarin een connectie bestaat met rassendiscriminatie (blijkend uit de context) en uitlatingen over religieuze groepen waarin eigenlijk sprake is van rassendiscriminatie. Door het brede begrip 'ras' zodanig te interpreteren dat uitlatingen over religieuze groepen in de genoemde gevallen daaronder kunnen vallen, kan daaraan worden voldaan (al vereist art. 20(2) IVBPR wel een verbod, al dan niet privaatrechtelijk, op aanzetten tot haat op grond van godsdienst of levensovertuiging). Er bestaat dus bijvoorbeeld ruimte om met betrekking tot de discriminatiegrond godsdienst en levensovertuiging te kiezen voor een zwaarder regime (met strengere vereisten voor strafbaarheid) dan met betrekking tot ras. Met betrekking tot de andere discriminatiegronden die in de Nederlandse wet te vinden zijn, stellen internationale instrumenten (nog) geen positieve verplichtingen.

61 Zie bijvoorbeeld HR 14 maart 1989, *NJ* 1990, 29 en HR 16 december 2014, *NJ* 2015/108, m.nt. Rozemond: hier had evengoed aanzetten tot haat van toepassing kunnen zijn.

62 Bijvoorbeeld HR 14 maart 1978, *NJ* 1978, 664.

63 Zie A.J. Nieuwenhuis & E.H. Janssen, 'De onduidelijke verhouding tussen vrijheid van meningsuiting en discriminatie. Een analyse van de groepsbelediging en het haatzaaien', *Mediaforum* 2011-4, p. 100.

64 Zie noot Rozemond bij HR 16 december 2014, *NJ* 2015/108.

65 Openbaar Ministerie, Requisitoir G. Wilders, 12 oktober 2010, parketnr. 13/425046-09, deel 1, p. 50.

66 Zoals betoogd door A.J. Nieuwenhuis, 'Vrijheid van meningsuiting, groepsbelediging en haatzaaien', in: M.J. Geus e.a. (red.), 25 jaar *Mediaforum*. Een vooruitblik door de achteruitkijkspiegel, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2013, p. 142-150.

In Engeland worden voor aanzetten tot haat op grond van religie en seksuele oriëntatie strengere eisen gesteld dan voor aanzetten tot haat op grond van ras. Die criteria hebben betrekking op het taalgebruik ('bedreigende woorden') en de intentie van de verdachte; bovendien gelden specifieke vrijheid van meningsuiting-clausules die zijn toegesneden op de desbetreffende discriminatiegronden. Bij religie luidt die clausule:

'Nothing in this Part shall be read or given effect in a way which prohibits or restricts discussion, criticism or expressions of antipathy, dislike, ridicule, insult or abuse of particular religions or the beliefs or practices of their adherents, or of any other belief system or the beliefs or practices of its adherents, or proselytising or urging adherents of a different religion or belief system to cease practising their religion or belief system.' (s. 29J Public Order Act)

Bij seksuele oriëntatie luidt de vrijheid van meningsuiting-clausule als volgt:

'In this Part, for the avoidance of doubt, the discussion or criticism of sexual conduct or practices or the urging of persons to refrain from or modify such conduct or practices shall not be taken of itself to be threatening or intended to stir up hatred.' (s. 29JA Public Order Act)

In Nederland is de vrijheid van meningsuiting weliswaar gewaarborgd via art. 10 EVRM, toch kunnen dergelijke specifieke clausules per discriminatiegrond de rechter concretere handvatten bieden bij het maken van de afweging.

De discriminatiegrond 'geslacht' is begin jaren '90 in art. 137d opgenomen, onder meer vanuit het idee agressie rondom demonstraties van de vrouwenbeweging tegen te gaan. In de rechtspraak lijkt deze discriminatiegrond echter geen rol te spelen, evenmin als de discriminatiegrond 'lichamelijke, psychische of verstandelijke handicap'. Ook in de literatuur is er nauwelijks discussie over. Dat wil uiteraard nog niet zeggen dat de strafbaarstellingen daarmee geen bestaansrecht hebben – wel verdient de precieze formulering, ook ten opzichte van de andere discriminatiegronden, aandacht. In art. 137c is de grond 'geslacht' niet opgenomen, omdat volgens de wetgever destijds 'belediging van vrouwen als groep in mindere mate [zal] leiden tot maatschappelijke achterstelling' dan bij andere groepen, aangezien 'beeldvorming met betrekking tot vrouwen niet plaats[vindt] door hetgeen men hoort of leest, maar persoonlijke ervaringen van de geboorte af'.⁶⁷ Deze onderbouwing is weinig overtuigend; het zou aan te raden zijn een diepgaandere analyse uit te voeren van het ontstaan van beeldvorming en de condities waarin dit tot maatschappelijke achterstelling kan leiden, ten aanzien van *alle* genoemde groepen, met inachtneming van de meest recente resultaten uit sociaalwetenschappelijk onderzoek. Vervolgens kan dan worden gezien welke rol het strafrecht dient te hebben ten opzichte van andere (juridische en niet-juridische) maatregelen om die achterstelling tegen te gaan.

Kortom: het initiatiefwetsvoorstel biedt mogelijkheden voor een inhoudelijk debat over de precieze grenzen aan de strafbaarstelling van groepsbelediging en aanzetten tot haat en discriminatie en over de wijze waarop de vrijheid van meningsuiting én andere verdragsverplichtingen zo goed mogelijk kunnen worden gewaarborgd.

⁶⁷ Kamerstukken II 1988-89, 20239, nr. 5, p. 6 en nr. 8, p. 1.